

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65451>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Radikale Toleranz

Auf dem Weg zu einem zweidimensionalen Raum der Freiheit,
der Sicherheit und des Rechts

Von Professor Dr. **Ybo Buruma**, Nimwegen

Die Einladung eines Niederländers zur Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer ist ein ermutigendes Zeichen und Ausdruck eines kosmopolitischen oder wirklich europäischen Interesses, das der Sache angemessen ist¹. Die deutsche Diskussion über die Europäisierung des Strafverfahrens wird auch im Ausland mit Interesse verfolgt. Sie ist auch für die anderen Mitgliedstaaten der Union von erheblicher Bedeutung. Vielleicht haben wir übrigen europäischen Strafrechtslehrer nur etwas spät von uns hören lassen.

Ich möchte im Folgenden auf den Alternativ-Entwurf zur europäischen Strafverfolgung eingehen². Obwohl ich diesem Entwurf nicht uneingeschränkt folge, trägt er zur Klärung einiger wichtiger Zentralfragen bei.

I. Das Zwei-Sphären-Modell

Mein Ausgangspunkt ist die dem holländischen Denken sehr entgegen kommende Idee separater Rechtssphären. Diese Idee ist in den Niederlanden zuletzt von unserem Justizminister *P. H. Donner* bei der Eröffnung des Eurojust-Büros in Den Haag im April 2003 aufgegriffen worden. *Donner* schlug vor, ausgehend von der Unterscheidung zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht auch im Strafrecht die Unterscheidung zweier separater Rechtssphären beizubehalten und fortzuentwickeln. Seiner Auffassung nach müssen allein wegen des Subsidiaritätsprinzips 90 % des Strafrechts national bleiben. Die anderen Mitgliedstaaten haben auf diesem Feld die nationalen Besonderheiten zu tolerieren, wie z. B. unsere holländische Euthanasie, die irische Abtreibung, unsere Coffeeshops, in denen man Haschisch zum Eigenverbrauch kaufen kann, aber auch die nordischen Alkohol- und Prostitu-

¹ Herrn Professor Dr. *Hans-Joseph Scholten*, Gastprofessor an der Katholischen Universität in Nimwegen, möchte ich für seinen Kommentar und die Übersetzung dieses Beitrags danken.

² *Hefendehl/Hilgendorf/Hörnle* u. a., Alternativ-Entwurf „Europäische Strafverfolgung“, Arbeitspapier zur außerordentlichen Strafrechtslehrertagung am 7. und 8.11. 2003 in Dresden.

tionsverbote. Für die übrigen 10 %, die mit schwerer, grenzüberschreitender Kriminalität zu tun haben, und vielleicht auch für die Kriminalität, die die EU selbst zum Opfer macht, müssten jedoch bei der Entwicklung einer besonderen europäischen Justiz mit spezifischen Normen und Verfahren Fortschritte erzielt werden.

Die erste Sphäre ist die nationale Sphäre. Meiner Meinung nach fordert die Existenz bzw. die Beibehaltung einer solchen Sphäre eine radikale Durchsetzung des Gedankens der gegenseitigen Anerkennung, wie er in dem derzeit diskutierten Entwurf für eine europäische Verfassung zum Ausdruck kommt. Die zweite Sphäre soll letztendlich zu einer gemeinsamen Strafprozessordnung und (wenn man unserem Justizminister folgt) zur Etablierung „zentraler“ europäischer Institutionen führen. Im Rahmen der Verfassungsberatungen hat der niederländische Vertreter vorgeschlagen, einen Artikel zur Entwicklung einer europäischen Strafgerichtsbarkeit aufzunehmen. Zur Zeit haben wir nicht viel mehr als die gegenseitige Anerkennung, aber *de lege ferenda* bedeutet die Anerkennung dieses Unterschieds, dass eine weitere Harmonisierung des materiellen Strafrechts abgesehen von den in Art. III-172 des Verfassungsentwurfs genannten Straftaten nicht nötig ist. Die dort genannten Straftaten mögen die Kernstücke der zweiten Sphäre sein, für die jedoch nicht nur die Harmonisierung des materiellen Strafrechts von Bedeutung ist, sondern auch die Regulierung der Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeit, des Strafgerichtsverfahrens und vielleicht auch des Strafvollzugs.

Die Unterscheidung der beiden Rechtssphären kann unsere Gedanken in der Debatte über die Vereinheitlichung des Straf- und Strafprozessrechts leiten. Vereinheitlichung darf kein Ziel an sich sein, denn die Schaffung eines eigenen europäischen Strafrechtssystems hat keinen Selbstwert. Vielmehr muss Ausgangspunkt eines europäischen Strafrechts wie im nationalen Recht der Rechtsgüterschutz sein. Auch hier sollten wir uns von der Erkenntnis leiten lassen, dass das Strafrecht nur *ultima ratio* zur Gewährleistung dieses Ziels sein kann. Ich denke, dass insoweit keine Meinungsverschiedenheit mit den Autoren des Alternativ-Entwurfs besteht. Unser fachliches Interesse an Legalität muss sich auch im Hinblick auf die Europäisierung mit der Optimierung dieses Schutzes beschäftigen, d. h. mit dem Kampf gegen die Kriminalität, mit der Kontrolle der Institutionen und mit der Wahrung der Bürgerrechte. Dabei müssen wir aber auch das Subsidiaritätsprinzip berücksichtigen. Das heißt: Auch auf europäischer Ebene darf der Rechtsgüterschutz nur dann durch eine Vereinheitlichung des Straf-

und Strafprozessrechts erfolgen, wenn dies im Hinblick auf die Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Legitimität dieses Rechtsgüterschutzes notwendig ist.

Ich bin mir nicht sicher, ob es dazu z. B. der Entwicklung eines eigenen Amtsträgerstrafrechts bedarf, wie es im Alternativ-Entwurf vorgeschlagen ist. Ich war bislang der Meinung, dass das Übereinkommen, das 1997 auf der Grundlage von Artikel K3 geschlossen worden ist, bereits dafür Sorge trägt und nicht nur für die Bestechung im Rahmen der Vermögensinteressen der EU von Bedeutung ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat im Hinblick auf die OLAF verliehenen Befugnisse keine Unterschiede zwischen den verschiedenen durch die Verträge oder auf deren Grundlage geschaffenen Organen, Einrichtungen, Ämtern und Agenturen machen wollen³. Dass der Bestechung auf europäischer Ebene entgegengetreten wird, dürfte legitim und wahrscheinlich auch zur Wahrung der Gewaltenteilung und zum Schutz der Bürgerrechte geboten sein. Es könnte sinnvoll sein, zur Bekämpfung dieser Kriminalität in Zukunft eine europäischen Staatsanwaltschaft und ein europäisches Strafgericht einzurichten. Aber es ist nicht ausgeschlossen, dass die bisherige Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden ausreicht und die Verfolgung dieser Verbrechen durch Verbesserung der gegenseitigen Anerkennung noch effektiver gemacht werden kann. Jedenfalls scheint es mir nützlich, die konkreten Maßnahmen immer wieder von beiden Standpunkten aus zu betrachten.

Ich will mich im Folgenden auf einige kurze Anmerkungen zur gegenseitigen Anerkennung, zu Eurojust und zu der Frage, inwieweit es zum Schutz der Gemeinschaftsgüter einer Zentralisierung der Rechtsgewährung bedarf, beschränken und schließlich noch zum europäischen Verteidiger sprechen.

II. Gegenseitige Anerkennung

Eine Vereinheitlichung des europäischen Straf- und Strafprozessrechts ist gewiss möglich. Sie wird sich auch zum Teil nicht umgehen lassen. Die Frage ist, in welchem Umfang und wie schnell diese Vereinheitlichung stattfinden soll. Die Debatte in den Niederlanden hat sich lange Zeit auf die Frage kon-

³ Vgl. EuGH v. 10. 7. 2003, Kommission/Europäische Zentralbank (C-11/00), Rdn. 65 f.; EuGH v. 10. 7. 2003, Kommission/Europäische Investitionsbank (C-15/00), Rdn. 105–110.

zentriert, ob eine Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften unter Beibehaltung der nationalen Behörden den Vorzug vor der Schaffung gemeinsamer Normen und zentraler Instanzen auf europäischer Ebene verdient. Wie das europäische Verwaltungsrecht in der bisherigen ersten Säule aufgrund einer erzwungenen Angleichung der Rechtsvorschriften bislang kaum zentrale europäische Behörden benötigt, so dürfte auch das Strafrecht weitgehend ohne solche zentralen Einrichtungen (wie eine europäische Staatsanwaltschaft) auskommen, wenn die direkte Zusammenarbeit weiter entwickelt wird.

Dagegen lässt der Verfassungsentwurf die Wahl zwischen der gegenseitigen Anerkennung nationaler Normen und Gerichtsentscheidungen einerseits sowie zentralen Direktiven und Behörden andererseits. Harmonisierung und direkte Zusammenarbeit werden nicht ausgeschlossen, sie erscheinen aber nicht notwendig. Einer Harmonisierung der nationalen Straftatbestände bedürfte es nur, wenn man zur Verbesserung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit für erforderlich erachtete⁴. Einer Harmonisierung der nationalen Rechte bedarf es jedoch nicht, wenn man sich zu einer radikalen gegenseitigen Anerkennung der nationalen Strafrechtsnormen und der Gerichtsurteile anderer europäischer Staaten durchringen könnte. Dies würde allein voraussetzen, dass man dem Gedanken näher tritt, mit den Behörden eines anderen Mitgliedstaates auch dann zusammenzuarbeiten, wenn in diesem Staat die zu schützenden Rechtsgüter anders definiert werden als im eigenen Land. Mir scheint dies nicht so fernliegend wie offenbar den Autoren des Alternativ-Entwurfs.

In Art. III-158 des Verfassungsentwurfs hat man sich für ein System entschieden, das auf Koordinierung und Zusammenarbeit sowie auf gegenseitiger Anerkennung beruht und nur ausnahmsweise das Mittel der Angleichung zulässt. Auch in Art. III-171 hat man eine solche Entscheidung getroffen: im Grundsatz Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden; europäische Gesetze oder Rahmengesetze nur, wenn die Strafverfolgung, der Vollzug und die Vollstreckung von Entscheidungen auf nationaler Ebene nicht ausreichen. Ein Unterschied zu dem traditionell durch den Wunsch nach Harmonisierung und eine Rolle der zentralen Behörden (wie OLAF) charakterisierte Betrugsbekämpfung (Art. III-321) ist kaum zu

⁴ Kritisch dazu *Klip*, NStZ 2000, 626.

sehen. Man fängt auf der nationalen Ebene an und denkt nur ausnahmsweise an eine Vereinheitlichung.

Der Alternativ-Entwurf zieht demgegenüber die Angleichung der Rechtssysteme der radikalen gegenseitigen Anerkennung vor. Ich teile nicht die Befürchtung, dass bei gegenseitiger Anerkennung „hybridisierte Verfahrensrechte mit maximaler Punitivität und Eingriffsintensität“ entstehen könnten⁵. Zum einen scheint mir die gegenseitige Anerkennung auf europäischer Ebene bereits akzeptiert, und zwar nicht nur an vielen wichtigen Stellen im Verfassungsentwurf, sondern auch in den Rahmenbeschlüssen über den Europäischen Haftbefehl und über die Vollstreckung von Entscheidungen zur Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln. In der Gedankenwelt eines Wissenschaftlers mag die Angleichung aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit attraktiver erscheinen, aber wenn man die politischen Realitäten berücksichtigt, ist die gegenseitige Anerkennung mit Sicherheit viel schneller erreichbar. Sie wird die europäischen Gerichte auch nicht überfordern und die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten nicht ernsthaft beeinträchtigen.

Eine Entscheidung für eine Angleichung der nationalen Strafrechtsnormen würde dagegen die nationalen Systeme über Gebühr belasten. Denn eine Harmonisierung des materiellen Strafrechts muss Stückwerk bleiben, wenn sie nicht mit einer Angleichung des Strafprozessrechts einhergeht. So kann eine Angleichung der Elemente eines materiellen Straftatbestandes kaum Erfolg haben, wenn zum Nachweis dieser Elemente in den einzelnen Mitgliedstaaten ganz unterschiedliche Erfordernisse erfüllt sein müssen. Auch in Bezug auf die Strafdrohungen würde eine bloße Angleichung der Höchststrafen deutlich zu kurz greifen. Denn in vielen Staaten werden die durch die Richter verhängten Strafen durch bedingte Entlassung, Begnadigung, Freilassung auf Kautions und Ähnliches erheblich modifiziert. Die Folge ist, dass z. B. eine Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von sechs Jahren in den Niederlanden normalerweise vier Jahre Strafvollzug, in Frankreich aber weniger als zwei Jahre Freiheitsentzug nach sich zieht (auch wenn die Haftbedingungen in den Niederlanden vielleicht erträglicher sind).

Zweifel an der demokratischen Legitimation eines Systems, das auf gegenseitige Anerkennung setzt, erscheinen mir unbegründet. Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit ist im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl zwar nicht erwähnt, es ist aber deshalb nicht fallengelassen.

⁵ So aber *Hefendehl* (Anm. 2), S. 3.

sen worden. Denn bei den dort genannten Straftaten handelt es sich um Taten, die in praktisch allen Mitgliedstaaten unter Strafe gestellt sind. Daher vermag ich nicht einzusehen, warum ihretwegen die Inhaftierung und Überstellung nicht legitimierbar sein sollte. Es mag Probleme in Bezug auf den Inhalt von Cyberkriminalität oder Sabotage geben, aber die meisten anderen Straftaten sind unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation unproblematisch. Selbstverständlich können wir Juristen über die Frage diskutieren, in welchen Fällen eine Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung gegeben ist, was wir unter dem Begriff „Terrorismus“ verstehen, oder gar, was genau illegaler Handel mit Drogen ist – aber dass diese Taten im Grundsatz Straftaten sind, steht doch außer Zweifel. Dann aber ist das Thema weniger die Frage nach der demokratischen Legitimation als vielmehr die Frage nach dem Vertrauen in das fremde Recht. Das erklärt auch, warum es in der Praxis nicht viele Beispielsfälle zum Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit gibt. Probleme tauchen im Auslieferungsrecht bekanntlich auf, wenn sich ein deutscher Haftbefehl etwa auf den Ankauf einer großen Partie Schuhe bezieht, die nicht bezahlt worden sind, und die Holländer dann eine Verhaftung wegen Betruges verweigern. Aber der Betrug ist nicht in die Liste zum Europäischen Haftbefehl aufgenommen worden.

Drittens – und das scheint mir der bedeutsamste Punkt – bin ich der Auffassung, dass die gegenseitige Anerkennung auch in Bezug auf die meisten Straftaten erfolgen kann, die durch spezielle nationale Normen und Werte geprägt sind. Auch wenn wir nicht in allen Punkten derselben Meinung sind, so können wir doch die gegenseitige Zusammenarbeit verstärken und damit einen weiteren Schritt auf dem Weg zu einer Europäischen Union tun. Wenn z. B. ein niederländischer Arzt nach Bayern fährt und dort nach niederländischen Regeln zulässige, nach deutschem Recht aber eindeutig unzulässige Sterbehilfe leistet, so halte ich es nicht für inakzeptabel, wenn die niederländischen Behörden nach seiner Rückkehr nach Holland einem deutschen Verfolgungsersuchen stattgeben, ihn festnehmen und nach Deutschland überstellen. Ich habe keine Probleme mit unserem niederländischen Euthanasie-Gesetz; und meine Frau, die als Ärztin die Grundentscheidungen dieses Gesetzes mitträgt und in der täglichen Praxis umzusetzen hat, hat noch weniger Bedenken. Der Respekt vor den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten der Union verlangt aber nach radikaler Toleranz. Wir müssen nicht nur damit leben, dass in anderen Mitgliedstaaten über grundlegende Fragen anders gedacht wird, sondern wir müssen auch bereit sein,

trotz inhaltlicher Differenzen die fremde Rechtsordnung innerhalb ihres Souveränitätsbereichs zu tolerieren und, wo nötig, von außen zu unterstützen. Das ist die Basis einer gemeinschaftlichen europäischen Kultur, wie sie schon von niederländischen Denkern wie Erasmus von Rotterdam, Hugo Grotius und Spinoza entwickelt worden ist. Mit dem Verständnis des Strafrechts als ultima ratio zum Rechtsgüterschutz kann nicht gemeint sein, dass wir nur unseren eigenen nationalen Ansichten folgen. Die gegenseitige Anerkennung ist eine wichtige Methode, um einerseits die eigene Souveränität zu respektieren und die Verbindung des Strafrechts mit den Auffassungen des Staatsvolks in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht zu verlieren, ohne andererseits die europäischen Interessen, die uns angelegen sein müssen, aus den Augen zu verlieren. Legitimität ist mehr als eine Mehrheit im Europaparlament.

Natürlich gibt es Grenzen. So erfordert dieselbe radikale Toleranz, von der nationalen Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des passiven Personalitätsprinzips zurückhaltenden Gebrauch zu machen. Denn es darf nicht sein, dass das, was in dem einem Mitgliedstaat toleriert wird, in dem anderen zur Anklage gelangt. Wenn ein Niederländer in Kleve einem Deutschen Haschisch verkauft, so werden wir die deutsche Behörden bei dessen Strafverfolgung unterstützen und ihre Entscheidungen anerkennen müssen. Wenn aber der Deutsche nach Nimwegen kommt und dort von einem Niederländer Haschisch erwirbt, so muss eine Verfolgung des Niederländers in Deutschland ausgeschlossen sein. Denn seine Verfolgung wäre eine Verletzung des Günstigkeitsprinzips und eine Verletzung der territorialen Souveränität der Niederlande, die das Recht umfasst, den eigenen Staatsbürgern im eigenen Lande nicht nur Verbote aufzuerlegen, sondern ihnen auch Freiräume zu gewähren.

Im Ergebnis sprechen für die gegenseitige Anerkennung pragmatische und prinzipielle Argumente. Man mag einwenden, dass das vermaledete „Forum-Shopping“ bei einer Ausweitung der gegenseitigen Anerkennung möglich bliebe. Dem kann man jedoch durch ein internationales Regelsystem begegnen, das die Konfliktfälle löst, z. B. dem Tatortstaat den Vorrang bei der Verfolgung einräumt. Der gegenseitigen Anerkennung steht das Forum-Shopping nicht entgegen.

Damit gewinnt die Idee von den zwei Rechtssphären nähere Gestalt. Straftaten sollen primär innerhalb der nationalen Sphäre verfolgt werden, in der nicht europäische, sondern nationale Normen und Gesetze gelten. Durch gegenseitige Anerkennung unterstützen die Mitgliedstaaten einander.

Nur die schwersten grenzüberschreitenden Straftaten werden auf die europäische Ebene gezogen und dort mit Hilfe eines eigenen Regimes verfolgt.

Aus dieser Abgrenzung der Sphären folgt, dass – wie auch der Alternativ-Entwurf meint – die Angleichung strafrechtlicher Normen erschwert werden muss, soweit es nicht den besonderen Bereich der schweren grenzüberschreitenden Kriminalität betrifft. Die Idee einer separaten Rechtssphäre vermag auch den Vorschlag in Art. 302 des Verfassungsentwurfs zu untermauern. Je leichter die Straftat, um so bedeutsamer ist die spezielle nationale Legitimation und um so weniger ist eine Rechtsangleichung auf europäischer Ebene angezeigt. Auch das Protokoll II über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit ist in dieser Hinsicht sehr wichtig; danach entscheidet der Gerichtshof über Klagen wegen des Verstoßes eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip. Die Frage der Abgrenzung zwischen Bundes- und Staatenzuständigkeit bei der Gesetzgebung stellt bekanntlich auch ein wichtiges Betätigungsfeld des U.S. Supreme Court dar.

III. Eurojust

Der niederländische Justizminister scheint hinsichtlich schwerer grenzüberschreitender Kriminalität anders als der Verfassungsentwurf an ein separates, europäisches Strafsystem zu denken; er schlägt nicht nur eine Harmonisierung des materiellen Rechts, sondern auch die Einrichtung einer eigenen Anklagebehörde und weiterer europäischer Gerichte vor. Ich war bisher kein Anhänger dieser Art von Europäisierung, aber mit der Erweiterung auf 25 Mitgliedstaaten werde ich mich aus Gründen der Effektivität vielleicht doch mit diesen Vorstellungen anfreunden müssen.

Immerhin sollten wir uns auch in diesem Kontext nach der Bedeutung des Subsidiaritätsgedankens fragen: Wie viel Europa ist nötig? Wie viel Nationalstaat ist möglich? Die Frage ist daher, in welchen Grenzen wir Europol und Eurojust für erforderlich erachten. Ich halte es noch immer für keine gute Idee, eine Exklusiv-Kompetenz für die neuen europäischen Organe zu schaffen. Auch hier würde ich zunächst den nationalen Behörden Vorrang einräumen und nur ausnahmsweise den europäischen Behörden Kompetenzen zugestehen. Aber es kann sein, dass sich das mit unserer fortschreitenden Interpretation der Art. III-174-2 (Einleitung und Koordinierung von Strafverfolgungsmaßnahmen durch Eurojust), III-175 (Europäische Staats-

anwaltschaft) und III-177-3 (operative Maßnahmen durch Europol) des Verfassungsentwurfs ändert. Schon jetzt kann Eurojust die zuständigen Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten ersuchen, zu bestimmten Taten Ermittlungen zu führen, die Strafverfolgung aufzunehmen oder zuzustimmen, dass eine andere zuständige Behörde die Ermittlungen zu bestimmten Tatbeständen führt oder die Strafverfolgung aufnimmt⁶.

Natürlich kann es manchmal schwierig sein, die beiden Rechtssphären zu unterscheiden. Die entscheidende Frage ist, wer das Recht haben soll zu bestimmen, in welcher Rechtssphäre eine bestimmte Tatsache angesiedelt ist. Ich bezweifle, dass dieses Bestimmungsrecht grundsätzlich Europol und Eurojust zustehen muss. Vielleicht ist es besser, das Initiativrecht und die Verantwortlichkeit bei den Behörden der Mitgliedstaaten zu belassen. Wenn man die Möglichkeit einer separaten europäischen Strafrechtssphäre ins Auge fasst, sollte man jedenfalls herausarbeiten, was sicher *nicht* zur Kompetenz der Euro-Behörden gehören kann. Es gibt bereits eine bestimmte Rollenverteilung zwischen Eurojust und den nationalen Behörden. Bislang spielt Eurojust nur bei Strafverfahren wegen schwerer grenzüberschreitender Kriminalität eine Rolle. Aber die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass bald auch andere Straftaten, z. B. Umweltkriminalität, Wirtschaftsdelikte, die den Wettbewerb verzerren können, oder illegaler Drogenhandel, der Zuständigkeit von Eurojust zugeschlagen werden, soweit diese Taten grenzüberschreitende Auswirkungen haben. Bekanntlich denkt man in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich über die strafrechtliche Relevanz von einmaligen Umweltvergehen oder des Verkaufs weicher Drogen. (Auch im nationalen Rahmen gibt es diesbezüglich deutliche Unterschiede, etwa zwischen Amsterdam und der niederländischen Provinz Zeeland.)

Nicht nur für die Entwicklung einer europäischen Staatsanwaltschaft, sondern auch für die Rolle, die Eurojust zufallen soll, wird es notwendig sein, die Verhältnisse zu den nationalen Behörden genau zu klären und zu regeln. Ohne eine derartige Klärung und Zuständigkeitsabgrenzung wird die nationale Kriminalitätsbekämpfung stark beeinträchtigt. In Mitgliedstaaten, in denen – wie in den Niederlanden – für die Strafverfolgung das Opportunitätsprinzip gilt, würde es eine ungeheure Veränderung darstellen, wenn eine supranationale Instanz entscheiden könnte, welche Ermittlungen in einer konkreten Strafsache stattfinden dürfen. Die Urteile des EuGH zum

⁶ Art. 6 und 7 des Beschlusses des Rates v. 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABL. L 63/1.

griechischen Mais und zu den spanischen Erdbeeren waren in dieser Hinsicht aufschlussreich, haben aber wesentliche Fragen offen gelassen. Die Mitgliedstaaten sind nach ständiger Rechtsprechung nach Art. 10 EGV verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, sofern eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts für den Fall ihrer Verletzung keine eigene Sanktionsbestimmung enthält oder auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften verweist. Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktion verbleibt, namentlich darauf achten, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss⁷.

Gemeinschaftstreue fordert oft Strafverfolgung – aber wie weit geht das? „Die Befürchtung, es könne zu internen Schwierigkeiten kommen, ist keine Rechtfertigung dafür, daß ein Mitgliedstaat die korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts unterläßt. Der betreffende Mitgliedstaat hat alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, wirksame und korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen, sofern er nicht nachweist, daß sein Tätigwerden Folgen für die öffentliche Ordnung hätte, die er mit seinen Mitteln nicht bewältigen könnte.“⁸ Bedeutet diese Forderung auch, dass ein grundsätzlich gegebenes Verfolgungsermessen auf Null reduziert ist? Das denke ich nicht. „Die Mitgliedstaaten, die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit allein zuständig bleiben, verfügen über einen Ermessensspielraum, um unter Berücksichtigung der Besonderheit der sozialen Umstände und der Bedeutung, die sie einem im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht berechtigten Ziel wie der Bekämpfung der verschiedenen mit dem Alkoholkonsum zusammenhängenden Kriminalitätsformen beimessen, zu bestimmen, welche Maßnahmen geeignet sind, konkrete Ergebnisse herbeizuführen“.⁹ Dieser Spielraum darf sich nicht nur zum Schaden des Verdächtigen auswirken.

Wo die Zusammenarbeit nicht funktioniert, ist es wünschenswert, eine Instanz zu schaffen, die den Stillstand durchbrechen und für eine effektivere Strafverfolgung Sorge tragen kann, gerade wenn man nicht von zwei separa-

⁷ EuGH 68/88 v. 21. 9. 1989, Kommission/Griechenland.

⁸ EuGH C-265/95 v. 9. 12. 1997, Kommission/Frankreich.

⁹ EuGH C-394/97 v. 15. 6. 1999, Heinonen.

ten Rechtssphären ausgehen will. Gleichwohl zögere ich, die Idee, Eurojust bereits jetzt als Clearing-Stelle fungieren zu lassen (Art. 174 lit. d AE), gutzuheißen.

Auf der Grundlage des Gedankens separater Rechtssphären kann ich mir eine europäische Staatsanwaltschaft vorstellen, wie sie der Alternativ-Entwurf vorschlägt (Art. III-175 AE); eine Staatsanwaltschaft also, die vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten auftritt und (vielleicht in einer nächsten Entwicklungsstufe) die Anklage vor einer europäischen Strafkammer (Art. III-264a AE) vertritt. Eine solche Möglichkeit wird jedoch nicht akzeptiert werden, wenn nicht feststeht, dass nur eine sehr begrenzte Anzahl von Straftaten unter diesem Regime verfolgt werden kann. In Betracht kommen manche Straftaten gegen die Union, manche von Mitarbeitern der Union und vielleicht manche aus Art. III-172 des Verfassungs-Entwurfs, die als besonders schwere Kriminalität mit einer grenzüberschreitenden Dimension zu kennzeichnen sind. Aber im Übrigen sollte es Sache der Mitgliedstaaten sein festzulegen, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe gegebenenfalls zu verhängen ist.

IV. Eurodefensor und die Verteidigungsrechte

Sowohl im System der gegenseitigen Anerkennung wie im angeglichenen System ist die Stellung der Verteidigung problematisch. Man wird jedoch einsehen müssen, dass eine Stärkung der Verteidigung im Rahmen des EU-Rechts nur bedeuten kann, dass die Rechte der Verteidigung gegen einen Amtsträger eingesetzt werden sollen, der nicht schon durch das nationale Recht gebunden ist. Eine solche Stärkung bedeutet eine Legitimation der supranationalen Zuständigkeiten. Wenn Europol oder Eurojust keine Vernehmungen durchführen kann, ist es z. B. nicht nötig, Regelungen über die Rechte und Pflichten von Dolmetschern zu treffen. Dazu würde schon die EMRK ausreichen.

Der Eurodefensor nach dem Alternativ-Entwurf kann ein sehr fruchtbares Institut sein. Speziell bei grenzüberschreitender Kriminalität und deren Ermittlung wird auch eine Strafverteidigung auf beiden Seiten der Grenze bestehen müssen. Der Eurodefensor kann die Verteidigungsrechte des Beschuldigten wahren. Möglicherweise kann er auch zur Fairness der Beweiserhebungen beitragen. Dieser Aspekt ist bislang im Grünbuch über die Verfahrensgarantien in einem europäischen Strafverfahren noch nicht ausreichend beleuchtet worden. Der Rechtsschutz gegen Handlungen von

Europol ist zwar noch nicht geklärt – ich halte dies aber gleichzeitig für ein Zeichen der limitierten Kompetenz von Europol. Mit der Erweiterung der Kompetenzen von Europol wird sich das ändern.

V. Schlussbemerkung

Debatten zwischen europäischen Strafrechtslehrern sind notwendig und wertvoll, denn das Strafrecht ist zu wichtig, um es nur den Politikern zu überlassen. Selbstverständlich gibt es auch in unseren Kreisen unterschiedliche Meinungen. Ein wichtiger niederländischer Strafrechtler wie *Geert Corstens* etwa steht den Ideen des niederländischen Justizministers zur Fortentwicklung der beiden Rechtssphären gewiss etwas reservierter gegenüber als ich¹⁰. Aber der Vorschlag, die supranationale Strafrechtsebene auszubauen und handlungsfähig zu machen, ist in den Niederlanden durchaus nicht ohne Sympathie aufgenommen worden. *Corstens* hat auch gezeigt, dass unsere Strafrechtslehrer sich zu lange nur mit dem nationalen Recht und überwiegend noch zu wenig mit der europäischen Zukunft befassen haben.

Alternativvorschläge, wie sie von *Schünemann* und anderen gemacht worden sind, sind hilfreich, weil sie die Bedeutung des juristischen Erbguts der Nationalstaaten sowie die zentrale Position des Subsidiaritätsprinzips in der europäischen Verfassung unterstreichen. Aber wir sollten andererseits nicht die Gedanken der Europäer vergessen, die den Schutz unserer gemeinschaftlichen Interessen in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewährleistet sehen wollen.

¹⁰ Siehe auch *Corstens/Pradel*, European Criminal Law, 2002.